

《翻 訳》

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(五)

本稿は、Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4, unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾にもとづく翻訳である。(但し、第一編四章までは3, unveränderte Auflage, 1974によった。また、前回第四版の出版年を1989としたが、これは訂正する。)

米 山 隆(訳)

目 次

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場合としての裁判官による法の形成(以上第一巻四号)

第三章 我々の問いかけの提起にとっての比較法の意味のために

第四章 普遍的法原理の概念と本性に関する暫定的仮定(以上第一巻四号及び第三巻一号)

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味(第三巻二号)

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型(本号)

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型

一、所謂憲法原理の司法性のため争いにおいて普遍的である誤解と矛盾は、個々の法原理の範疇を分け、また、区別するための苦しい努力が実質的な目的を追求していること、また、学問的な遊びとはみられていないということを充分に証明している。じつに、つねに、また、いたるところで、学理の同じ混乱は、原理の到達距離の問いかげが解説の当座しのぎとして、あるいは、直接に現行法として投げあげられるならば、確認されるのである。このことは真正の理論に対立する実証主義の無関心、及び、法典化された法体系はすべての秩序課題を法律要件のなかで「把握し」なければならぬという実証主義の幻想にのみとづくのではない。既に、このことのなかに、体系思想における法原理と判例法思考における法原理の妥当根拠は分離して保たれないということが理由づけられている。同じく、法典化された法のなかで体系の問いかげと問題の問いかげとの間の限界が既に教義史的に不正確になっている。フランスの学理において我々は、例えば、既判力の原理（判決された事物の原理、または、判決された事物の權威）を解釈の原理、あるいは、立証責任のための側面部とみている。そのことは疑いなく物的に誤解にみちびくのである。なぜかといえば、既判力原理は実定制度の力を持ち、技術的規則としての発見的意味のみを持つのではない。しかし、間違つた段階づけは、フランスの教説において、歴史的に、既判力の制度は伝來的に所謂「証拠理論」の問題領域においてとり扱われる、ということによって条件づけられている。判決にむすびつけられた「真実の絶対的推定」、すなわち、判決された事項は真実とみなされる、ということが問題であるということが意味をもっている。

このような主張は、原理とは実体法の原理であるか、あるいは、法律学的技芸の原理、すなわち、教説または司法的な実際の原理「のみ」であるかという論題はいかなる物的な区別を立てることができるかということについて、我々を同時に追考的に一致させなければならぬ。我々はこの問いかけに若干のより詳細な熟慮を捧げなければならぬであろう。さしあたって、法原理を教会上誤認するとしてもどこにおいてもその現実の有効性に影響を与えないという確認は充分である。法原理の限界、その到達距離及びその内容は法真理の一部になっており、これはヘーグの常設裁判所の定款第三八条第三号の意義においてすべての文化国民によってひとしく承認されている。他人間の物の判決は他人に役立たなし、また、損害も与えない。既判力の効果の原理と原理の限

界は一般に承認されている。同様に、判決理由と単純な言説との間の区別も承認されている。すなわち、「主文の到達距離を決して凌駕しない判決のなかに含まれた理由は、当事者間に債務的な力を持たない。」⁽²⁾

S. 89

我々は、法原理の沿革がいかなるものであらうともひとしくここに、制度的有効性を持つ法原理を眼前に持つということはあきらかである。制度的に有効であると、我々は、実定的に承認された制度のなかに具体化された原理を名づけるのである。私が上のこれらの原理を規範的原理と言ひあらわしたとしても、この実証的な妥当は、原理が制度的に具体化されるその節題にのみ及ぶということがみおとされてはならない。不当利得原理、「誰も聴取者に自己の過失を發表しない」という原理、過失責任の原理、履行補助者責任の原理、我々が普遍的な思想として民法第一六二条から推定する原理、これらすべては直接に単にこの制度的な承認の枠内においてのみ妥当するのである。それらは、しかし、裁判官による法形成の道順でさらなる裁判官による法規範へ到ることができる。このような事案は実体法の最も重要な発展事象のなかに数えられる。しかし、訴訟法もまたこの発展形成に参加するのである。立証責任轉換の原理は、例えば、相手方当事者を通しての証拠否認に際して、この原理は、コモンローにおいても「証拠をもてあそぶ」という概念をもって承認されているように、我々が既に民法第一六二条において具体的にみた原理以外のいかなる他の沿革も持たないのである。これらのまだ具体化されない領域において、その場合、規範的な原理は、まず第一に、法律学的構成の主唱者、いかえれば、教導的原理(教える原理)である。同様であるのは、例えば、教説が我々の債権法の数多くの個々の事案から、しかし、また、我々の法律行為と代理の法の若干の根本規則から推定している信頼原理、法律行為的取引の領域におけるさらなる司法的規範の形成のための教導的原理である。権利濫用禁止の原理に関して、あるいは、フランス法の有名な原理、「動産に関しては占有は権利に値いする」のような、形式的に法格言の性質を有する教理的原理に関して、事情は異なるものではない。教説格率、あるいは、個々のことから抽出された法思想が、既に行われた具象化の彼方で、このような原理、すなわち単に「手引き」であるにすぎないかどうかということである。これらのことは、上述の分類に従えば啓発的原理である。⁽³⁾これらのために、この意義において、Ago は「前法律的に決定された性格」と説述しては正しいことであるが、他方において、これらを SPERDUTI は実定上の体系へ移そうとしている。その理由は、これらは個々の法規のなかで有効にはたらくからである。しかしながら、この「有効性」は、制度上の承認がやはり欠如しているところでも、直接的に実定的であるかどうか、あるいは、このような原理を「有効に」、すなわち、実定法の要素にするのは、第一に、判例であるかどうかは、まさに検討されるべきであらう。一般にこのような検討は行われていない。このようにして、例えば、BOULANGER は Mélanges RIPPET の既にあげた論文のなかで、すべ

ての法原理は区別なく実定法の要素であると言っており、彼は、これらの法原理は法規（規則）でないことはもちろんであるが、これらは個々の規則を「指導する」がゆえに、実体法であるという意味を与えている。この指導するということが既に具象化された原理の規範的效果である場合、また、それが、はじめて、裁判官による解説活動と法創造活動の効果である場合、原理のうちのいずれが活力を与えられるかは、ここでは全く区別がなされていない。BOULANGER もまた、すべての原理は単に「そこに」存在するのであり、また、彼が言っているように、⁽⁵⁾ 解釈者によって発見されるにすぎないという形而上学的立場に敬意を表わしていると思われることはもちろんである。それゆえ、彼は、原理の創造者は学問ではなく、原理はまた「発見されないで」存在しているのであると信じている。のちに、彼は、しかし、例えば、SALEILLES (1890) を通しての「危険の理念」のように、個々の理論の発見は決して民法典の体系のなかにみられなかったということ、また、有名な一九三〇年二月一日の、民法典一三八四条の説明をもつ破毀院の決定はこの原理の表現、すなわち、企業をいとなむ者はその危険をも負担しなければならないということ、じつさい、法創造的行為であった。⁽⁷⁾ ということを正しく述べなければならぬ。我々は起源の問題にやはり立ち帰るであろう。フランスの文献において、いずれにせよ、「解釈は裁判による規則を発生させた」⁽⁸⁾ という文言化は現実の状況の瑕疵だけの隠蔽であり、「裁判による法創造」である。「規範的な」また「啓発的な」原理を我々が第一に性格づけることは、それにもかかわらず、これらの範疇がおりあうことなく対立するという仕方による終局的な原理ではなくして、これらの原理が特定の課題領域で承認をみつけるとき、実体法の外部に立っている原理は「規範的に」なるのである。⁽⁹⁾

この留保をもって我々は法の原理と法学的原理の間で、別言すれば、実体的意義における法原理と法曹の認識原理または作業原理との間でこの最初の基礎とする区別をすることができるのであろう。実体的原理を我々は法典編纂において作業原理と同様に話題にすることは少いと思うことはもちろんである。これらの原理は教義学的概念へすみやかに移って行ったのであり、また、法典編纂において前提とされるか、あるいは、また、建設原理として法典編纂の設備から、また、個々の制度の規範化から出ずるのである。⁽¹⁰⁾ 公理的思考は法典編纂の三つの誤れる表象から出発しているということが、ここで注目されなければならない。第一に、各々の法規範は原理に近づくものであり、第二に、法原理は直接に条文から推定されうるものであるにすぎないし、また、第三に、各々の原理はそれ自体限界づけられ、しかも、特権化された効力範囲を持ち、その内部で他の原理との衝突問題は先験的に解決されている。これら三つのテーゼのいずれも維持されうるものとは証明されていない。⁽¹¹⁾ 公理的思考にとって、格言または座右銘の形式で完全に文言化された個別的問題性の格率を表明しているあの特殊な法概念は充分に手の届かないままにとどまらな

S.90

S.91

S. 92

ればならない。これらの特殊な法概念は、論理的命題の性格、例えば「有せざる者は与うること能わず(何人も、自己の有する権利よりも優等なる権利を他人に与うることを得ず)」あるいは「種類物は亡びない」のようなものを持つことができる。しかし、これらは、また、あきらかに、実体的正義の要請の実用主義的性格をあらわすことができる。また、例えば、「利益のあるところに負担を負わす」の命題のように、所謂衡平の申し出として強い印象を与えることができる。このような原理は法律学の原理でもなく、あるいは、技芸の法則でもなくして、実体的法原理であり、テヒニ(技術)の原理ではなくして、ノモス(法律)の原理である。この系列の第三のグループとして我々は発見的作業原理をあげることができ、そのなかに学問的な体系形成の原理、あるいは、司法的な体系形成の原理をもあげることができる。ここでは、統一的な法適用と絶えざる精細化を許容する上位の基準を多くの権利の形相のなかに見ることが問題である。公理的な思考において、このことは、個別的な現象が「さかのぼされることができ、教義的な原理と基本形相を求めることを通じて行われる。この意義において、例えば SAVIGNY は、不当利得について不当利得を善意の訴から区別することを一つの原理にさかのぼらせる別個の試みが今もまたなされている」ということを述べている。この試みは、今や、長い系列の熟知の類型のなかで叙述されていて、また、SAVIGNY は、その場合、この類型のために述べられている共通の原理を統一的教理形成のための構成的な思考として抽象化することを試みている。全く異なっているのは開かれた、問題に拘束された思考の原理、「事案から事案への法的理由づけ」の「出发点」である。我々は、この原理のために論理的な演繹性質が決定するのではなくして、物的な内容が格率として、あるいは、法的規則として類型的であるということを見るであろう。この平面における原理を程度の高い最高の不明確性が支配しているように思われる。従来からの試みは概念の統一に不必要な場所まで力を使っているのであるが、他方においてこの試みは原理の決定的な量目を単に「理性の原則」のもとへもたらしている。このようにして、我々は、例えば、BOULANGER のもとで、次の区分を見るのである。すなわち、政治的秩序の原理(例えば、平等、自由、個人、俗人教会支配主義)、法的秩序の原理(安全保障)、道德秩序の原理、技術秩序の原理(例えば、公共性)、行為状況の原理(例えば、既婚婦人の無能力)次に、「理性の原理」のもとにおいて、実体的正義・法律学及び論理学のすべての可能な原理、BOULANGER 自身が述べているように、「美しい集合」⁽¹⁴⁾。そこでは、例えば、「婚姻においては能力のある者が裏切る」、または、「可動物、価値の安い物」、あるいは、「同僚を持つ者は主人を持つ」という原理は、ここでは決して学問の内部で承認された原理が問題ではないけれども、いっくに、本来の法原理と呼ばれる。なぜかといえば、この種の格言につきたしかに言及することはできず、このことは、BOULANGER が一般に主張していること、すなわち、「原理とは、教理が確信をもって法的構成を建設することができる資料であ

る。ということである⁽¹⁵⁾。よりあきらかであるのは、たしかに、その後の論文、法の沈黙または不充分の場合における裁判官の役割⁽¹⁶⁾に関する研究における彼の分類である。⁽¹⁶⁾ここで、彼は論理の原理（作業原理と事物論理の実体的原理との間を分離しないこともちろんであるが）、法価値目盛りへの移転のなかにある政治的原理、次には、道德秩序の原理、平等原理、理性と（上に註記した種類の混乱を伴った）常識の原理、結局のところ、実用主義的性格の原理（例えば、遺産占有の公信力制度）、そして、法律関係の技術的組織の原理を区別している。事例はここでもまたよくあてはまった限界づけを確信させないことはもちろんである。我々の表象と区分の試みに Sperduti⁽¹⁷⁾の思想が近づいてくるが、彼は次に述べるように区別している——個々の範疇の物的意味を性格づけることのないのもちろんであるが、(一)、学問的原理、(二)、規範的原理、(三)、それでもって、だからこそ、意味が与えられる啓発的原理、(1)、体系原理と教説原理ならびに法律学的技術法則の原理、(2)、実定制度的内在的原理と法学的思考を直接に拘束する論理学上の原理、及び、(3)、実体的正義がやはり実定的に具体化している範囲においてのこの正義とその他の指導原理あるいは手引き、これらの指導原理の一部に所謂政治的原理と学説の発見的原理とが属している。Sperduti はこれらを固有のグループとして提示していることはもちろんであり、また、つづけている。(4)、技艺規則、解釈規則及び証拠規則、(5)、法学的論理と経験の所謂命題、そして、最後に、(6)、彼の表象によれば——彼自身公理的体系の教師である——構成のあるいは内容的価値よりもより多くの価値を持つのもちろんである格率と法規則。我々は、判例法の理論はこの点において、古典ローマ法律学がしたように、全く別箇に考えているということをみるであらう。

二、この第一の分類の平面で原理の範疇形成は、法規あるいは規範の性質から観察されうるであらう。このような分類は特に Bratton⁽¹⁸⁾においてみられる。彼は Pound の教説にもとづき法規範の階層秩序につき構成しており、また、彼の法規範の分類において法律要件規範、法原理、法概念及び「基準」もしくは理性的容態の原型の間を区別している。これらの直接に本質的な法規範とならんで彼はより広い意義における法規範として所謂法律学的思考の原理（法律学的推理＝法理的理づけ）、さらに、法律学的な性質決定の概念または範疇、最後に、より詳しいグループに分属させることなくして、格言とたとえ話を妥当させている。その際、Bratton の労作「法を通じての社会の管理」及び、「法の異なる体系における源泉と形式の階層秩序」における Pound⁽¹⁹⁾思想は、部分的に、誤解されているかも知れないのであり、とくに、Bratton が Pound の、規範的に狭く、また、厳格な法律要件を持つ古代的な法規形式に関する叙述を単に厳格法と同一視し、また、反対に、柔軟な規範あるいは弾力的な法を衡平（公平法）と同視しようと欲するとき、そうである。疑いなく、「厳格法」は単に法規形成の古代的な形式としていいあらわされることはで

S. 95

言明している先例はやはり欠如している。(3)、法的な概念、すなわち、我々の意義における教義学的、したがって、法律学的に成
 返えしゆく状況のための単純な「型」として役立つ原理、その際、したがって、法的權威、あるいは、固有の意義における規則を
 的な、また、記述的な法規)、(2)、原理、すなわち、固定した法律要件を形成することなくして、実体法の一部であり、また、くり
 返えしゆく状況のための単純な「型」として役立つ原理、その際、したがって、法的權威、あるいは、固有の意義における規則を
 (真正の法「創造」)。(23) いずれにせよ各々の市民法大全は条文的に文言化された法規としての全く異なる多くの法規から成り立って
 る。この見解から Pound は法規範を次の範疇にしたがって目録にあげている。①、固有の意義における規則あるいは法規(規範
 的な、また、記述的な法規)、(2)、原理、すなわち、固定した法律要件を形成することなくして、実体法の一部であり、また、くり
 返えしゆく状況のための単純な「型」として役立つ原理、その際、したがって、法的權威、あるいは、固有の意義における規則を
 言明している先例はやはり欠如している。(3)、法的な概念、すなわち、我々の意義における教義学的、したがって、法律学的に成

S. 94

きないし、また、同様に、機械的——論理的に「適用さ」れることができる規範的法律要件の形成は、古い法にとって特徴的である
 のではない。反対に、事実的な価値承認の記号的要素が前面に立っている。しかし、このことはここには関心を呼びおこさないであ
 る。より重要であり、また、積極的な価値があるのは、Brutau が「推理の原理」を選択原理として特長的にいいあらわし、ま
 た、この原理をアングロアメリカ的な教理の影響のもとに、もはや、公理的に法論理の原理として理解するのではなくして、発
 見的意義における法的理由づけの出発点として理解するということである。それとともに、彼は、その場合、大陸法的な法思考の
 従来の厳格な公理的傾向にもはや正しく適応しないであろうことはもちろんである。裁判官による指示と規範方向(名宛人の問題)
 の重疊性は各々の法秩序における秩序平面の異質性を条件づける。この異質性の構成は Adole Merkl の意義における所謂「法
 形成の段階」の輪郭であるのみならず、主題と名宛人(権利主張者または法の適用者)に従って、同じ「段階」においてもまた、
 種々なる濃密さと広さのある規範の組織物である。(20) 個々の規範を正當な関連へおく原則が法典化されているか、あるいは、されて
 いないかどうかは、まさにこの秩序の一部であり、また、解説の道順で現行の、はじめて創造されるべきでない法として表現され
 るのである。(21) それゆえ、我が国の民法編纂者は、より古い法典編纂の際「法秩序の精神から生ずる原則の通常の引用を、この引用
 はやはり草案第一条が知っていたのであるが、自明のものとして削除した。

実定法または前実定の原理または手引きを限界づけることは、したがって、より多くの側面から有意義になる。我々は前章に
 おいて成文憲法原理と不文憲法原理の法的性質の問いかけを調べた。しかし、我々は各々の領域の上で、文言化された条文はそれ
 自体実定的な法素材の全部を構成するものではないということを確認しなければならぬ。(22) 「法規」は原理ではなく、あらゆる場
 合に単語の技術的意義において原理でないことはもちろんであるが、法律の意味として恐らく実定法であり、この実定法は解説を
 通して表現を持つのであり、したがって、具体的段階へ移行されるのである。他面において、法思考の単なる手引として発生した
 原理もまた(修辭学的にして教理的な格率)、法伝承のなかでのその裁判官による刻印を通して実定的法規範の性格を取得した
 (真正の法「創造」)。(23) いずれにせよ各々の市民法大全は条文的に文言化された法規としての全く異なる多くの法規から成り立って
 る。この見解から Pound は法規範を次の範疇にしたがって目録にあげている。①、固有の意義における規則あるいは法規(規範
 的な、また、記述的な法規)、(2)、原理、すなわち、固定した法律要件を形成することなくして、実体法の一部であり、また、くり
 返えしゆく状況のための単純な「型」として役立つ原理、その際、したがって、法的權威、あるいは、固有の意義における規則を
 言明している先例はやはり欠如している。(3)、法的な概念、すなわち、我々の意義における教義学的、したがって、法律学的に成

果の多い概念、(4)、教理と(5)、基準。アングロアメリカ的な法源理論にとって、この理論は、たとえ Pound のような権威がそのことを発言しているとしても、概念、教理及び単に「手本」として妥当しゆく原理を「法的権威」の本質構成要素として考えなければならぬということとは、たしかに、酷である。つねに、アメリカ合衆国においては教義学的思考の発展、したがって、大陸的な体系形成の意義における概念技術は、事実、イギリスにおけるよりもはるかに広く進んでいる。⁽²⁵⁾ いずれにせよ、判例法はその起源にしたがって法律学的概念を法の本質構成要素として各々の体系の市民法のなかへとり入れる支障を持っていることは、大陸の柔軟な法実証主義より少いのである。⁽²⁶⁾

この平面におけるさらなる区分は、法律要件の意義における法規、一般条項及び法原理を限界づけることに關している。ここでは二つのことが混乱しながらはたらいっている。一つは、HEDEMANN の有名なことばによれば、一般条項の概念はいかなる面でも限界づけられることができないということであり、⁽²⁷⁾ 二つは、特殊の法律要件に対立する一般の法律要件の語句はこれと法原理との混同に誤ってみちびくということである。原理と法規範の關係は、ここでは、術語的に誤認されるのみならず、⁽²⁸⁾ 區別が指図の一般性の平面のなかで求められ、また、資質、すなわち、直接的な妥当性一般の問いかけのなかで求められないかぎり、物的に誤認されるのである。したがって、しばしば、法規は、「原理」としてあらわされている。その理由は、単にそれは普遍的に堅持されているがゆえにのみ、殊に、法典において、わが民法第八二三条の一般的法律要件及び基本的法律要件は、フランス民法第一三二二条、あるいは、スイス債務法第四一条において行われているのと同様である。⁽²⁹⁾

同様にこの種の混同にとって魅惑的であるのは制定法上の価値概念と基準である。基準とは、アングロアメリカ的教理の事象によれば法規範であり、この規範はコンセンサス、直観、及び、「正常な」取引の容態の仕方を引用することを含んでいる。この引用は、今や、アメリカ学説をますますその特質をとりあげることもなく、すなわち、これを単に合理性をかえりみることがそこで発生する普遍的意義における法規範として使用する一方において、⁽³⁰⁾ 基準は大陸の上で増大する注目を法規範の固有の類型として発見した。それは、とくに STATT ⁽³¹⁾ と AL-SANHOURY の労作であり、これらのなかで、一方では ROSOE POUND ⁽³²⁾ の業績にもとづいて、基準尺度の法律要件にふさわしい法規との關係が調べられる。この際、善意、または、信義誠実のような基準、「取引倫理」、あるいは、善良なる家父の尺度、あるいは、合理的な注意のなかに現代の技術を見るところは正しくないものである。右のような基準規範を古い法においても氣に入るものとしているのは、じつに、基準の記述的性質であり、⁽³³⁾ 合理的な、また、社会的な種類を持つ普遍的基準に欠けることはないし、また、要求された容態のための直観概念に欠けることもない。基準規範の「一般性」は、

S. 96

S. 97

それゆえ、単純な原理が問題である、という考えに誤って導びいてはならない。原理は、それが格率であれ、また、それが公理であれ、それ自体にもとづいている。原理はそれ自体直観から推定されるのではないし、また、基準自体を述べるのではない。基準は尺度を述べ、しかも、生活のなかで取得された価値観、義務観あるいは注意に関する考えを指示することを通して、あるいはまた、裁判官の裁量によって充足されるべき価値概念を挿入することを通して、これを行うのである。しかしながら、ここでもまた決して自由な評価が問題であるのではなくして、そのおりに、該当する取引圏において基準を与える価値観を引用することが問題である。いずれにせよ、ここでは、原理は裁判官による論証の基礎として考察されるのではなくして、規範形成の特定の技術として考察されるのである。

S. 98

それにもかかわらず「基準」の現象は原理と規範の関係の考察の際にも特別な注目に値いするのであり、なぜかといえば、この現象は、法律学的概念形成の公理的演繹体系が存立しない場合、中心的役割を演ずる。基準は「ロボット、あの適法なロボットであり」⁽³⁶⁾、これは確定した規則が欠如しているところでは、到るところで規範形成に使用され、また、このロボットはそこのかぎりで真正の原理の対をあらわしている。⁽³⁷⁾ それ以外の場合単に概念的——論理的に固定化された規範だけが占有する予見可能性は、ここでは、「この範疇から正しくされた社会的な行為」の「規範的類型」の引用を通して担保される。裁判官法形成においてこのことは全く充分な尺度であり、なぜかといえば、先例の助けによって要求された当該領域での注意及び義務履行の平均値が読みとられる。固有の商人・公然な競争・許るされた出版通信・取引の安全・労働の忠実性等の基準は、⁽³⁸⁾ いつもその資料のために、あきらかに、法的寛容の程度を決定する。この基準は時代の意見に依存していることはもちろんであるが、⁽³⁹⁾ それにもかかわらず特殊、法律学的な不拔のねばりの傾向を示すのである。じつに、裁判官法においてこそ強調された伝統から、今日の社会観にもはや一致しない基準が数世紀にわたってひきつられていたのである。開かれた判例法発展の問題思考において、全く、基準は方法的にも権利を理由づける原理の地位をとっている。「合理的な、また、通常の注意の基準」は、そこでは、この基準から、作為、忍容、取引開示、社会的接触及び連帯性一般からの行為義務は、はじめて理由づけられるという意義において本質構成的にはたらくのである。このことは、訴権的思考において、違法性は教義学的に分離して注目されないがゆえに、(過失とその他の損害の訴のもとで)同様であるのみならず、このことは、何故、いったい、特定の不作為が違法であるか、我々が、いちど、たずねるならば、第八二三条以下、第二七六条の我々の裁判官法にもあてはまるのである。しかし、我々が多くの実際家の労作と学生の労作のなかで民法第二七六条の尺度を周知の論争多い形成において責任の法的原因に高められたと見るよりもはるかに大きい範囲におい

て、コモン・ローにおいて「注意の欠缺」は黙示に、固有の、また、唯一つのようにみえる法的基礎として使われる。⁽⁴⁰⁾

S. 99 これは非教義学的な観点の法律学への法創造的な影響力の類型的な道である。我々の取引安全義務の創造の際、突発事故のもとにある社会的な救助義務の価値判断の際、相隣権の問いかけの際、違法性が価値判断されるべきであるかどうか、賃貸借の忠実義務の枠のなかで違法性が価値判断されるべきであるかどうかは、ここではないかなる教義学上の事柄であるのではなくして、このような基準にふさわしい評価である。

我々は、ここで、教義学的に明らかな演繹を放棄することが類型的であるとこの問題に拘束された法思考の領域のなかにある。法原因と尺度、違法性と故意・過失、いな、債務と因果関係は気づかれないままに入り混じって流れている。⁽⁴¹⁾ 問題を提供する思考において、教義学的演繹の平面におけると異なつて、本来、単に道徳的な要請として、いちど、格率に高められたものは、非常にすみやかに法的原理の重みを得取ることができる。⁽⁴²⁾ この原理はまたそのとき、やはり、格率の文言化のなかに登場することができ、この格率は、じつに、ひとしく原理の形成的な性質を代表するのであり、例えば、公平の類型的な格率、例示すれば「いかなる人もみずからの不公平によつて利益を得るべきではないし、あるいは、彼自身の悪を利用するべきではない」、または、「その利益が行為によつて進められる人はそれを行う費用を負担すべきである」⁽⁴³⁾ のようなものである。原理は、その上、このような普遍的文言化を放棄することができ、また、例えば、相隣権において双務的な適応義務と顧慮の原則のように、「普遍的な法思想」として制度のなかに巢をつくることができる。⁽⁴⁴⁾ いかなる場合においても法律学は、このような法思想をその絶えざる承認の過程のなかで公理に高めることを妨げられないし、この公理は所謂実質的正義の永遠の要求として、今や、いかなるさらなる理由づけを必要としないのである。この状態のなかに、今日所謂過失原理、または、過失—教理が存在するのであり、この教理は多様な思潮の協働のもとにおける観点的思考、殊に教会的、また、自然法的法発展の本来分離した存在から一つの公理になったものである。⁽⁴⁵⁾

S. 100 問題に拘束された思考のなかで法的にひとしい尺度の絶えざる適用を通してはじめて、原理は、ここでは格率として、あそこでは教理として発展させられる。事案と問題にしたがう、哲学的に解決することには役立たないが、しかし、できうるだけ充分な理由と反対理由を提供する思考において原理は演繹可能な公理の意味を持つのではない。その理由は、原理はいかなる体系も所持しているのではなく、したがって、また「規範の規範」の性質、すなわち、第一の真実の性質を所持するのではない。原理は、むしろ、基準的な観点を全く同一の規則のために使用すべき実践から獲得された処方である。⁽⁴⁶⁾ このことはローマ法にも、また、同じく、アングロサクソン法に関しても通用する。格率は、ここでは、概念的に技術化されない法的真実・正義の要求の表現であり、この

要求は教義学と理論の彼方で原理的な妥当を持っている——このことはできうるだけ簡潔な教示的な文言化を妨げない。(48) この文言化はそのなかでこのような要求の最も広い技術化としての教義学的な「概念」に対角線的に対立するのである。教理、教条は、ある程度、二つの形式の結合を叙述しているのであり、純粹に手仕事の的につくられた要求は特定の関連のなかで、それが体系のなかで公理としてであれ、つねにくり帰えしてゆく問題関連のなかで誤って固定化された観点としてであれ、多かれ少かれ、図式的に使用されることができるといふ仕方での要求の合理化を叙述している。

三、我々は、以上でもって、我々の法原理の範疇問題の第三の平面公理的思考、あるいは、問題的思考の意義における思考形成の平面を歩んできたのであった。この平面のために同じ原理は、論理的に拘束的な品質か、または、物的に確信しゆく品質を顧慮して別個の性質を持っている。新しい発見、例えば、危険説、權利濫用の禁止、利得の禁止、自己の責に帰すべき方式違反を援用する禁止は、つねに、きびしく問題領域に方向づけられた格率の性格を持っている。ここで、原理の正義の内容は、やはり、法律学的公理思考と教義学的概念形成を通して移転されるのではない。このような観点的思考の前法律学的価値発見にとって特長的であるのは「正しく理解された利益」の概念である。この概念は個人的な利益と団体的利益の裁判官による衡量にとつて同じ意味を持っているのであり、しかも、具体的な問いかけにおける処置の物的な効果に関する概念であり、同様に、当該の問いかけ一般の法的な秩序に関する概念である。ここにおいて、これらの評価の問いかけは、今なお、まったく「詭弁主義」、すなわち「人に訴える論証」に依拠するのであり、また、いかなる論理的な固定化を通じても狭くされるのではない。最も身近かな足どりは、その前法律学的評価を既に制度的な思考の枠のなかで立てている法原理である。それは、「事物の本性」の原理である。ここでは法の性質は、教義学的な、「法律要件にふさわしい」事実の効果、いわんや、その正当化の力によって演繹されるのではなくして、あるいは、論理的な公理論の上位命題から演繹されるのではなくして、特定の制度的設備に授与された秩序課題から演繹されるのである。(49) その点に、ひとしく、なお、哲学的—思弁的契機が存するのほもちろんである。それゆえ、現代の教義的思考における「事物の本性」と法典編纂の思考にはできうるだけ狭い分野が許与されるのである。後者においては、じつに、実定的な制度の目的決定は固定化され、また、技術化されているので、我々は、あきらかにもはや前法律学的利益領域から価値衡量を企てなければならぬことはないし、いわんや、経験的意義における事物の「自然的」品質から推論をひきだしてはならないのである——けだし、何が法の世界において絶対的に自然的として、何が人為的としていいあらわされるのであろうか。しかし、各々の解釈で行われていることであるが、我々は、それは Heck 以来、法制度の教理的な構造の外部で把握されうる、この制度の普遍的(「自

S. 102

S. 103

然的) 課題へ復帰することを知っており、また、そこからはじめて——相当性の問題とのむすびつきのなかで——具體的な問題性が自由に我がものとされるのである。その際論証はあきらかに所与の制定法の内容の枠のなかにとどまっているが、しかし、じつに、洞察は形式的な法源からは推定されることができない実定法へ移転されたままである。POUCHA は、「もし裁判官がより外部的な法源から離れていると思うならば、彼は適用せられるべき法規を存在している法の原理から(所謂自然法からではなくして) 創造しなければならぬ。すなわち、事物の本性から出発して裁判官はこの適用せられるべき法規を法律学的帰結と類推の方法で保持するのである」と述べている。さて、この類推は不思議にも技術的意義における類推ではなくして、諸制度の目的決定の観点のもとでのそれらの比較であり、一語で言えば、類推は形式的あるいは概念的論理ではなく、それは制度の論理である。⁽⁵¹⁾ 教義学的な構造の彼方にある制度のもつ目的の比較は、SANGNI⁽⁵²⁾ 以来国際私法が促進しているものであり、その理由は、ここでは、同形の教義学的な制度の構造が欠如していることにより、一つの制度が「普遍的事象であること」に関する表象なくしては前へ進まないものである。それゆえ、この思想は今日まで再三再四、新しく発見されている。なぜかといえば、NEUBER が言っているように、諸制度はその物的基礎において、再三再四、完全に一致するものとしてあらわれるのである。諸制度の目的追求の技術のみ、いな、しばしば、その教義学的構造だけは異っている。国家による実証主義は、ここでは、真空の前に立たされて考えなければならなかったものであり、この真空はこの実証主義を国家によってつくられた法構造、多くの場合、法廷地法の不適当な適用に、法性決定概念にもとづいて、無理に至らしめるように思われた。その理由は、あの国家による制定法実証主義にとって、事物の本性には政治によって設定された法源にむすびつかない解釈の役割が承認されなければならないということとは考え及ばないことである。⁽⁵⁴⁾ GUTZWILER は、原理は、同時に、「単に」解釈原理でありうるが、それにもかかわらず、発見的原理として創造的原理を占有することができるといふことを、はじめて認識した。彼はみずからあげた著作のなかでアリストテレスの意義において「事物にふさわしいもの」の歴史的輪廓を国際私法の観点のもとで与えている。その際、有効条件の問いかけと「立法の現実」の問いかけが問題であるのみならず、同時に各々の制度の目的拘束性(例えば、行為の「本性」スイス債務法第九九条第二項)からの、また、制度の機能分析からの構造が問題である。この構造は、その場合、静かに絵のような性格を占有するかも知れないが、それは、一般に言われているように、債務者のところに定住している債務の要点に関する SAVIGNY の有名な文言化と同様である。意味されていることはあきらかである。すなわち、債務者のところで給付の問題性と責任の問題性は解決されるべきであるがゆえに、「他の連結点が不存在の場合には債務者の住所に妥当する法が債務を実体的側面にしたがって支配する」ということは事物の本性に一⁽⁵⁶⁾

S. 104

致する。

我々は、正確にいうとすれば、事物の本性の観点及び所与の法体系のなかにある設備の構造の機能の観点が特定の原理をして必要なものと思わしめるかぎりにおいて、ここで「制度上の原理」について語ることができる。この意義において「必要であるとは、例えば、破産の原理としての平等な債権者の条件であり、その際、清算の特殊性は技術的な問いかけそれ自体である。地役権の制度のもとの「必要なもの」とは目的拘束の原理である。すなわち、この原理は地役権を支配している土地の需要を通して限定されなければならない。特記せられるべきことは、今や、このような必要な原理はひとしい課題をもつすべての制度においてまたひとしく遂行されているということである。⁽⁵⁷⁾一義的に決定されえないどちらともとれる事案ではこの実定制度に対する支配ははるかに広くゆきわたっている。我々は制度上の原理の文言化を単純な自明の理として感じているのである。これは正当なことである。その理由は、我々は制度の目的に関する分析的判断以外のいかなることも下さないからである。このことは、「契約はまもらなければならない」という原則から出発して、相統法上の生活の個々の点にいたるまで、あるいは、訴訟の機能を通して決定される訴訟法上の生活の個々の点にいたるまで、適用するのである。⁽⁵⁸⁾同様に、刑法における類推の禁止、あるいは、遡求効の禁止は、単に政治的な関心のみを持つ原理ではなくして、⁽⁵⁹⁾理性的法律制度の問いかけである。制度上の原理はその機能条件をもって多数の事物に条件づけられた推論をみずからのなかに秘めている。後見は限界づけられた後見人の職務の範囲を、物権の支配効果は必要な公示性を、契約の自由は法によって承認されない違法な法律行為などの限界を要求する。⁽⁶⁰⁾何物もここでは純粹に技術的な組織体ではなくして、すべては制度の課題を通してのちのちのために前もって描かれている。契約の概念ではないが、しかし、契約の機能条件は個別的な問題のそれにふさわしい事物適合的な取り扱いを強要するのである。すなわち、当事者の平等・意思の瑕疵及び契約の誠実の取扱から始まって裁判官による契約の訂正の必然的な形式にいたるまでの個別的な問題である。⁽⁶¹⁾その際、いたるところに登場しゆく私的自治と公的秩序の目的の間に存在する抗争は否定されてはならない。この抗争はまた、しかしながら、すべての国民的な体系のなかで平行して走っている干渉主義への傾向を持つのであるが、この干渉主義は個別的な国民的体系のなかで驚くべきほど大きな制度的発展の類似性をみずから帶有している。⁽⁶²⁾

国民的理性の原理は、それゆえ、決して誤認されるべきではない。一つの体系が一つの実質的必然相統権を承認するか、または、しないかどうか(イギリス)、それとも、相統順位と相統人の責任は権利承継人の直接的な就任を通してか、または、行政庁という道順のなかでの遺産の引渡しを通して整理されるのかどうか(オーストリア)などは単純な技術的な問いかけではない。特定の

S. 106

社会的な考えのもとでは自国のものでない規律に対して譲歩することができず、また、その場合公序の性格を承認する評価が、い
 たるところで、問題である。⁽⁶³⁾このことに対して建設原理と構造原理は、あきらかに単純な教理的要素として背後にさがっているの
 であるが、しかし、これらの要素もまた、直接に実定的な法的推定力を持っている。すなわち、公法と私法の原理の分離から始ま
 って私法の不法行為的な秩序像と法律行為的な秩序像への体系的な分割にいたるまでにわたるのである。⁽⁶⁵⁾

- (1) RUPERT (N. I 119) 650 ff.
- (2) Ngl. Avis consultatif no. 11, série B. S. 29.
- (3) AGO (N. I 227) 62. SPERDUTI (No. 1 227) 7.
- (4) N. I 39, 55.
- (5) a. a. O. 57.
- (6) a. a. O. 67.
- (7) a. a. O. 68. Vgl. auch Jossérand, De la responsabilité des fait des choses (1930). ドイツの司法は、周知のように、法律による
 法律要件のすべての拡大にもかかわらずこの理論を受け入れなかった。それゆえ、苦しみをうけた過失の証明。他面において、聯邦通常裁判
 所も、最近「法律要件を「基本思想」によって代用するという普遍的な試みに対して拒否的に反応した」ということはよろこばしいことであ
 る。「普遍的原则」からの責任を現行法は知っていないから」(BGH 14, 1. 1954, III ZR 221/52, NJW 54, 913).
- (8) BOULANGER, a. a. O. 69.
- (9) 以下には教理的原理についてまた通用する、vgl. SPERDUTI (N. I 227) 9 und unten Kap. XV. SPERDUTI は、学問的原理につ
 き「それは「肯定的回転」同様に(当該の制度における)規範的原理になったと述べているのは正しいことである。詳しくはこの章の経過
 を参照。
- (10) 我々は原理をよるこぶことを問いかけるために、いいかえれば、種々異なる法典編纂期における個々の制度の基礎になっている原理を教説
 を与えるように叙述するために、やはり、のちに、若干のことを言うであらう。
- (11) So auch BOULANGER (N. I 39).
- (12) System des Heutigen Römischen Rechts V (1841) 510.
- (13) a. a. O. 57 ff.
- (14) S. 62.
- (15) S. 66.

- (16) N. I 38, insbes. 68/69.
- (17) N. I 227, 7 ff.
- (18) I. I 41, 171-207.
- (19) N. I 41, 483
- (20) それは、大陸の法理論につき、特長的に、最初のものとしてフランスの法理論を発見した。vgl. BONNARD, *Mélanges Hauriou* (1929) 33.
- (21) 何をもつても個々の点における解釈の規範創造的資質への問いかけは答えられることはない。解説は(以下の二五三頁以下を見よ)規範の説明であり、いいかえれば、規範の適用と、同時に(具体的段階の)規範創造である。
- (22) So mit Recht RHEINSTEIN (N. I 191) 295.
- (23) POUND, *Philosophy of Law*, in: *Twentieth Century's Philosophy* (1943) 82.
- (24) POUND a.a.O., ebenso in "Les diverses sources du droit, leur équilibre et leur hiérarchie, dans les diverses systèmes juridiques", *Annuaire II* (1934).
- (25) POUND 自身の論文(一七頁)において、「概念の教理的発展は、たとえ形態のヒエラルヒーがどのようであらうとも、実践において決定の基礎を意味しているし、また、それとともに、公的にみとめられた法理論が概念的思考方法の事実上の権威からの有効な分裂の意味を与える。
- (26) どこから、それ以外に、後者の場合においても法概念の正確な定義のための学問的配慮が、判例法体系におけることとなく、でてくるのであろうか。Vgl. RHEINSTEIN (N. I 191) 290/291.
- (27) 一般条項への逃避(一九三三)五三。人々が白地規定と一般条項を理性的に限界づけることができないならば、あるいは、その上に、公正を単に一般条項の基本理念として説明するならば、問題であると思われるのは事物に条件づけられた不明瞭さであるのではなくして、熟慮の欠如であるのもさうなのである。Vgl. etwa ENNECCERUS-NIPPERDEY (N. 127) § 50, 191. „Das beilige Recht mit seinen Generalklauseln“.
- (28) いうまでもなく、たゞへんしはしば、あてはまるのは、とくに、我々の意義において法規、すなわち、個々の秩序命題、regleと呼んでゐるフランスの表現方法においてであり、他方において法規は規範 norme を「指導の完全な図式」「un schéma complet de direction」と理解する(HAESAERT (N. I 42) 395, 413, 483)。
- (29) Vgl. RIPERT (N. I. 119) 610.
- (30) Vgl. SHARTEL, *Our legal system and how it operates* (1952) 37 ff., 83 ff., 108 ff., vgl. namentlich S. 83:「法基準はそれ自体効力を發揮するものではない。それは「ちょうど基準は単純なきまり文句であり、まさに単語である」。意味を与えられているのは、法規はここで期待可能性と合理性の裁判官による評価を通じてはじめて効果的な意味を取得するところにある。しかし、一つの規則の創造、社会的容態の管理は二つに異なるままである。

- (31) STARRI (N. 164).
- (32) AL-SANHOURY, Le standard juridique: Recueil GénY II, 144 ff.
- (33) POUND, Administrative Application of Legal Standards: A. B. Rep. 44 (1919) 445 ff.
- (34) 法基準はその土地に慣習的な容態を引用するものなかに存立することができ、例えば相隣権においても同様である。法基準は職業範囲の取引倫理を通して決定されていることができ、それは法律上の基準を通して確定されることができ、あるいは、裁判官による経験を通して決定されることができる。しかし、「記述的に」価値判断されるべき基準のもとでも、また、兆候像のもとでも、今日の通常概念の意義において「規範的」尺度が問題であるのであって、いいかえれば、社会学的に意味表明する作用効果の尺度ではなくして、法拘束的に配列する作用効果の尺度が問題である。
- (35) Vgl. hierzu HAUROU, Police juridique et fond du droit: Rev. trimestrielle (1926) 265 ff., 彼がこの点において "Standard" (基準) を "directive" (指導) を区別しつゝ云々。
- (36) HUTCHERSON, Recueil GénY II 537, Zur Bedeutung des Standard im Völkerrecht vgl. VERDROSS, La jouissance et l'exercice des droits civils par rapport à la nationalité: Actes du Congrès Int. de droit Privé, Bd. 2 der Reihe des Instituts für Privatrechtsvereinheitlichung (Rom 1951) 83 (85).
- (37) Vgl. CARDOZO, The Nature of the Judicial Process (1922) 112: 「私のこの過程の分析は、そのもののうちに到達するものであり、このこと以上には到達しない。論理学、また歴史と慣習、また、効用及び忍容された正しい行動の基準は法の進歩を単純化する力であり、あるものは、結合としての進歩を形づくる力である。」——Vgl. auch POUND, An Introduction to the Philosophy of Law (1946) 118 ff.
- (38) Vgl. CARDOZO in: Pocora v. Wabash Airway Co., 292 US Reports (1934) 98: 「行動の基準は時々裁判所に与へて宣言せられた、しかし、この基準は人生の事実のために承認される。」——やうに詳しく云々 Schichowski v. Hoffmann, (1933) 231 N. Y. 389 in Zusammenhang mit Treuhandpflichten eines Notars: 「我々の法上の義務の概念は変化する世界にならうと静的であるのとは全く異なる新しい条件が生起するにつれて成長し、また、変化するものである。」——Vgl. auch The Restatement of the Law of Torts II, Negligence, chap. 19 § 500 ff. zum Thema: "Reasonable care and lack of safety" ——やう事例をとりわけ相隣権が与える。我々が単に都市と田舎における文化像の事実上の変遷のみを顧慮してゐる間 (Fall Oberhausen, RGZ 154, 161) USA にもやうな Common Law-Rspr. があるか、またた社会政策的、国家政策的評価の必然性を許容すべ。Vgl. die bekannten Fälle Stevens v. Rockfort Granite Co., 216 Mass. 486: 104 N. E. 371, Ann. Cas. 1915 B 1054 und Susquehanna Fertilizer Co. v. Malone 73 Md. 268, 20 A 900; 91. R.A. 737, 25 Am. St. Rep. 595: これらは次の命題を持つてゐる。すなわち、「共和国において、それはその実質的繁栄にとって広汎に種々異なるものを手工業的につくりだすことの継続的成長と拡大に依拠してゐるのであるが、極端な権利は強制的に行われることはできない」。やうなる事例は in 39 Am. Jur. 325 ff., Nuisance § 45. Zum Standard im französischen Nachbarrecht vgl. AL-SANHOURY (N. II 32) 152 ff.
- (39) それはいわゆる基準において、とて「倫理的感情」の領域にならうとはおもふてあり、さうして裁判官職は(形式的な)徳

のまもりであることを天職と感づいている。それゆゑ、我々は、不貞などのような概念のための判例において法律学的偽善のお氣に入りの領域を観察するにかなう。

- (40) Vgl. die kritischen Anmerkungen von BUCKLAND, *The Duty to Take Care* in 51 L. Q. Rev. 637 u. *Standard of Reasonable and Ordinary Care*, in 52 L. Q. Rev. 8. 百科全書的なUSAの法文献におおづては、「注意を行使する義務」は基準の問うかけであり、「またその義務は法的であるか、道徳的であるか、あるいは合理的であるか」とうか、このことは真実である」(一) vgl. aber auch schon die Bemerkungen bei POLLOCK, *Law of Torts* (1887) Chap. 1; 我々が、不法行為の法と呼ぶ規則を集めつゝあるものは義務と責任の一般原理にもとづいてあるとするならば、これらの原理はどこでも權威をもつて述べられたことはなかった。そして、やうに著るしうことは、權威のある原理が欠如することは殆んどないから人によつても欠如として感ぜられなかったと思ふのである。——我々は、公正な手段によつてなんらかの一般的原理を發揮するであらうと思ふいかなる權利も多分持たないであらう」。
- (41) TRAUGER が彼の古典的著作において、刑法及び民事法における不法行為違法の問題 (Festgabe für Enneccerus [1913] I ff.) を彼によつて単に因果關係の確認のための論理的媒介物にすぎない違法性の問うかけが前面に立つてゐることは因果關係の問題と見るにすぎないとつうことは特筆すべきことである。 vgl. noch v. LISZT: *Die Deliktsobligationen im System des BGB* [1898] 72 ff., 彼は、八二六条によれば、各々の良俗違反の不作為は充分な責任を伴う法律要件である、と信じてゐる。彼は、私の不作為が良俗違反の不作為になるためには、いかなる特別な關係が損害という出来事のために必要であるかという問ひかけを無視するのである。その理由は、この關係は教義學的に演繹されるのではなくして、一つの基準のうちのカズイステイクな發展を通してはじめて実定的に解答されるべきことだからである。
- (42) アメリカ合衆国における法的補助義務の非常に迅速な司法的發展のためには以下を参照せよ。BOHLEN, *The Moral Duty to Aid Others as a Basis of Tort-Liability*: 56 Univ. of Pa. L. Rev. (1908) 217, 316 und AMES, *Law and Morals*, 22 Harv. L. Rev. 97 (112) gegen die spätere Darstellung etwa bei CARDOZO (N. I. 172); oder ältere Urteile, wie Union Railroad Co., v. Gappier, 72 Pa. 261 (1903), 69 L. R. A. 513, oder Grisswold v. Boston and NE Railroad Co., 183 Mass. (1903) 434, gegen neuere Urteile, wie Osterlind v. Hill (1928) 263 Mass. 73 oder gar die moderne, über die „Hit and Run Driver“ — Statutes hinausgehende Indikator zur solidarischen Hilfspflicht der Kraftfahrer, etwa in Simonsen v. Thoring, (1931) 120 Nebr. 684, 234 NW 628; oder in Rose v. Buchanan, Tex. Civil Appeal (1940) 140 SW 2nd 203.
- (43) 『法律のありかたは真実である』 Vgl. dazu: 1 Am. Jur. 414, Actions § 16, und BOHLEN, *Incomplete Privilege to Inflict Intentional Invasions of Interests of Property and Personality*: 39 Harv. L. Rev. (1926) 307, 316; auch PROSSER (N. I 175) 139.
- (44) Vgl. die Rechtsprechung zu § 906, aber auch zu § 909 BGB. In den USA vgl. 39 Am Jur. 325 ff. 何があつて個々の顧慮を被つてゐるか、とりわけ商売の效用と共同体の繁栄とまた顧慮を被つてゐることは社會觀の問うかけである。 vgl. oben N. II 38.
- (45) Vgl. DABIN, *Philosophie de l'ordre juridique positif* (1929) 506 ff., 530 ff., 545 ff. また、レベに現代法の發展のためには、PLANIOL-

RUPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil* II (1947) no. 950, 325. 「過失は法に反する行為である。そのために彼が責任を負った明文の法規定の侵害があったということは必ずしも必要でないように、過失という語は適法性に反する行為をあらわすと同様に道徳性または慣習に反する行為をあらわしている。」自分ひとりで身勝手に考えている、たしかに、公理的な原則の今なお観点的な取り扱いのためによりあきらかな信仰はいかなるものも期待されない。

- (46) 法規則の概念あるいは古い規則の概念は、それが規則法学 *Regular-Jurisprudenz* (vgl. Joers [N 152]) において標準的であったし、また、我々に D. 50, 17 において「さまざまの古代の法規則から」伝承されているように、権威を示す格率を含んでいるが、この格率はいかなる体系的演繹価値も公理として所持していないのである。「格率のすべて、あるいは大部分、あるいはそのうちの最もよいものにわかつているのは」、むしろ、フリストテレス的弁証法の意義における命題である。古代の規則はイタリヤの習慣のなかの共通の場として貴賓席を見つけている。その理由は、古代の規則は観点的思考の出発点であるからである。GRIMALDUS MORHA は古代の規則を「材料の座席」、「*Sedes materialium*」(一五五一年の三つの本から得ようとするためである方法ならびに道理に由来して *De methodo ac ratione studentii libri tres* 1551) と名づけている。類似の観点論は十六世紀の前半にしばしば存在しているのであり、例えば OLDENDORP の観点または CANTUONCULA の観点である。そのためには最近 VIERWEQ (N. I. 13) もまたそうである。

- (47) Vgl. JOLOWICZ, *Roman Regulae and English Maxims*, in der italienischen Gedenkschrift für Koschaker: L'Europa e il Dritto Romano I (Milano 1953) 213 ff.

- (48) それらの立脚している次のようなきまり文句をもつ有名な「衡平の格率」すなわち「衡平は等しいことである」、「衡平を求める人は衡平なことをしなければならぬ」、「衡平とは義務を果すべき意図に帰するものである」なりし、「衡平とはなされなければならないものをなされたと見るのである」、「ちひさ」衡平は形式よりも実体を顧慮する」などを参照せよ。vgl. unten Kap. X, S. 216, *Zur obigen Definition des Maxime vgl. DONALD, J. KISER, Outlines of Equity* (1927) 5:「格率は基本的真理または原理の簡単な表明である」。

- (49) この原理のもとではすべての「自由な行為」のための公分母、いいかえれば、価値判断、訂正、及び、人々が体系的に企図することができない発展形式の問いかげが問題であるという誤った意見が、しばしば、代表される。時とともにこのような多量の「公正」規範は伝來的な権威から固定した体系に濃縮される (so auch ROSS N. I 55, 182)。

- (50) PUCHTA, *Pandekten* (1883) 22.

- (51) 各々の解説は「じつに」二重の平面の上で動いている。なぜかといえば、この解説は観念的存在を物体化して対象としている。この解説は物体化、すなわち、ここでは言語の条件に適応しなければならないと同様に、その思想がこのことをもって代表される意味を与えられた理念、また、思想を反映するその思想の論理学と平行して固有の事物論理学をかくしている意味を与えられた理念に適応しなければならない。同じく BERTI *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (1949), 173 ff. (またローマ的な基本的態度から二つの苦心努力を分つことができたことを主張しつつ最近 Festschu, f. Rabel II [1954] 79 のなかの論文も正しい)。より現実的であるのは SACCO, II *concetto di interpretazione del diritto* [1947], 69 ff.

- (23) N. II 12 (1948) Bd. VIII, 28 ff. Vgl. dazu NEUHAUS in dem oben angeführten Aufsatz "Savigny und die Natur der Sache".
 Reibels Z 15 (1950) 364ff., ebenso bedeutsam aber die Darstellungen bei MÜHLENBRUCH, BRUNTSCHRI, VANGEROW und WACHTER.
- (23) Vgl. KAHN, *Jher. Jahrb.* 49 [1898] 75 ff. und NEUNER [N. I. 111]. Näheres unten Kap. XVII, 2.
- (24) ADICKES, *Zur Lehre von den Rechtsquellen* (1872) 255 v. BAR, *Das materielle Prinzip des IPR* 17, (auch "Theorie und Praxis" I, 107ff.) の叙述を参照せよ。それと反対に GUTZWILLER [N. I 180] 282 ff. (299) の誤った理解を承けてゐる箇所を参照せよ。「法源として正統化は事物の本性に欠如している。それだけよりよいことを、正統化は欠缺の領域において、制定法からいかなる規定も推定されることのできない場合、行うことができる。」実証主義の現代の立場は Ago の次にあげられた著作のなかで最もあきらかである。すなわち「*Principi generali del diritto internazionale* (1934) 268頁及び、その Ago は以前からいひあらわされた国家的立脚点から GUTZWILLER と RAAPE における事物の本性に関する教説に反対して、同様に MARTIN WOLFF によつて提案された「上位の共同体」の将来図にまた反対して、国際的な法的確信は後期註釈学派時代の所産として真正の法源であるということ論駁し、また、その際、横取りしてゐる。「M. Wolff の超国際私法は、それゆゑ、いかなる実定的存在も有しない。彼は国際私法の問題を解決するための新しい光を供給するところである。」
- (25) GUTZWILLER [N. I 180] 286 ff.
- (26) REGELEBRGER, *Pandekten*, S. 174, zit. nach GUTZWILLER, a. a. O.
- (27) 例へば、このためにイギリス法において等面の "easement" (地役権) の教理を参照せよ。全部の問題のために DOLLE: *Die Zivilgesetze der Gegenwart* II 469, いかに広く事物の本性が教義的な構造をも審理なくして先取してゐるかは、訴の併合のような複雑な種類の訴訟の形相に関してあきらかになる。フランクローアメリカ法において同じ教義学原理によつて支配されてゐる「*joinders of causes of action*」の教説における「*Identity of parties and rights*」の基準を参照せよ。この原理は我々の共同訴訟に関するいふか合つた教説が發展をせよたものであつた。Vgl. die *Judikatur* in: 1 *Am. Jur.* 459 ff.-460.
- (28) 個々の政治的な訴訟観がそのおりおりの特定の格率をみずから要求するとしても、確認手續の機能からみた真理は、いたるところでひとつのものである。
- (29) 遡乃効問題のためには一般に Esser [N. I 1] 171 ff. を参照せよ。フランス民法第二条は、「法は将来のために規律するにすぎない。法は決して遡及的効力を持つていない」という命題を以て必然的な機能からみた真理を文言化してゐる。このような原理は、それゆゑ、理由なくして教義学化された自然法とはいひあらわされなかつた。(Ripert [N. I 40] 12)。その際、機能的に条件づけられた実定上の法の真理が問題であることはもちろんであり、この法の真理を我々に単に我々の公理的な体系形成においてしまひ納めることをしなないのである。しかし、この真理に自然法における「高位」をもつてより安全な地位を許容したと信することは正しくないものである。「自然法の古い体系におけるように、法の上に独立的妥当性をもつものである」として理想的要素を定立するとは誤つてゐる。(POUND, 47 *Harv. L. Rev.* 4)。
- (30) Vgl. ANSON, *Principles of the English Law of Contracts* 17 (1929) 219 ff.; *Illegal Contracts*, VI, Chap. 51, §1726 ff. などは

宇宙的に承認された限界をカズインスティックに数えあげてゐる。

- (61) Vgl. etwa zur ergänzenden Vertragsauslegung Lord Wright in *Fibrosa Case* (1943) A. C. 32 (170).
- (62) Vgl. die Ausführungen unten in Kap. XVII, 8 b.
- (63) Vgl. Lévi, *L'ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique*, *Annuaire de l'Inst. Intern. du Phil. du Droit et de Sociol. juridique* 3 (1938) 66 ff.; auch Josseland (N. II 7) und Kahn (N. II 53) 75.5. Vgl. auch Hauriou (N. II 35).
- (64) Vgl. schon Montesquieu, *Esprit des lois* XXVI, 15: 參政權の原理によつて民法の原理によりかかつてゐる事物を規律してはならぬ。

(65) この区別は單に教義的なものではなくして、事物によつて条件づけられたものである。例えば、オーストリア民法においてと同様に自然法の法典編纂において共通の原理を「各人が故意過失をもつて他人に加えた損害は賠償されなければならない」(一二九五条)というように定立する試みは手近かにつかみうる成果に到達しない。法益、利害関係人、因果関係の問いかけ及び違法性の問いかけ、履行補助者の責任などは事實上法律行為取引において事故法におけるとは異なる様態境界を持つてゐる。すべての可能な責任形態目録をつくることを通じてこれらの境界が消されるならば、それは後退である。Bienenfeld, *Die Haftungen ohne Verschulden* (1933) の力作を参照せよ。じつちんじ、実践は、いたるところで、教理的基礎の上でドイツの立法と同様に同じ区別をしてきたのであり、また、例えば、オーストリアにおいて我々の民法第二七八条に準ずる履行補助者のための特別思想を一九一六年の改正法とともに契約体系のなかへ織りこんだのであった (§1313a ABGB)。フランス法のためには、*action directe* (1935) 204 ff. の事案にしたがつて叙述されているドイツ法と比較して、E. Wahl, *Vertragsansprüche Drittes im französischen Recht* を参照せよ。別異の問いかけは、いかなる程度歴史的発展が不法行為的直観形式を契約法において必要とすることができるといふことである。このことのためにはイギリスのコモンローが一目瞭然の事例を提供する。契約不履行は今日の見解によれば不法行為でないことはもちろんであるが、権利侵害の形式であり、今なお、契約責任の不法行為責任への変遷である。Vgl. M. Wolff in Arminjon-Nolde-Wolff (N.I. 62) III, 170. 不履行による免責は履行義務と損害賠償義務からの両面の免除を意味し、この免除は第一七世紀とともに普遍的に「*Indebitatus assumptio*」(債務負担支払引受訴訟)を通して担保され、その元来の不法行為の性質が容易に確信されることができ、混乱からのみ「準契約」のもとに配列されているこの訴は、信頼違反からの訴である。Vgl. Ames (N. II 42) 142. 「訴の基礎は信頼にもとづく約束を破る詐欺であり、この信頼にもとづき、原告は金銭またはその他の財産に關し分配するようにそのかれたのであった」収益管理人あるいは受寄者などに対する地主の側からの「十四世紀以来の」古い計算訴訟のより後期の形式についても、また、留置者が所得してゐる物の動産返還請求訴訟のより後期の形式についても同様である。Quantum meruit (提供勞務相当金額)「より古い形式 quantum valebant (提供物相当金額の請求)」の訴もまた、より広い履行から解放される權利を意味し、したがつて必然的に給付障得の際の我々の契約の清算以外の他の条件に従うのである。この点において一つの体系のもつ各々の特殊性はすべての他の特殊性と関連している。このようにして、例えば、イギリス法は形式的な損害概念を持たなければならぬ。その理由は、損害賠償は契約の各々の不履行のための裁判であるからである。我々の双務性の規定において相互に責任の解放に到る機能上の双務契約は、我

々の *causa* との比較において全く別個の課題を同時に履行しなければならない形相、すなわち、*consideration* を通して担保されなければならない。このような「条件付」双務契約の技術はドイツの行為基礎の脱落の技術、あるいは、フランスの *cause* の以外の他の最後の前提を提示するのである。このような構造的に種々異なる形相の内容的比較可能性のために詳しいことは以下の第一八章に述べられている。